POR D. ISABEL MARIA DE HEREDIA, VIVDA DE DON RODRIGO BARRAGAN;

EN EL PLEYTO CON EL HOSPITAL DE SAN COSME Y SAN Damian, para que ſe confirme el Auto de viſta, en que ſe declarò no auer lugar la acumulacion:

Se ſupone y aduierte lo ſiguiente.

LO Primero, que el dicho Hoſpital dio de por vidas vnas caſas a Franciſco de Albadan, en que fueron fiadores Criſtoual Marchan, y Gaſpar Diaz Cataño: y el año de ſeiſcientos y treinta y tres ſe pidio execucion por ciertos corridos contra todos los obligados, y ſe trabò de nombramiento en todos los bienes de los deudores, y ſe citò de remate al dicho Gaſpar Diaz Cataño, y no ſe ſuſtanciò el pleyto con otro ningun deudor; y deſpues ſe fueron ſiguiendo otras execuciones, y ſe hizieron algunos embargos en las caſas, y en efeto ſe ſentenciò de remate el pleyto contra el dicho Gaſpar Diaz Cataño el año de ſeiſcientos y treinta y ocho, y no contra otro alguno.

Deſpues por el año de 42. ſe pidio otra execucion, y q̃ ſe embargaſſe vn tributo de 5U. ducados ſobre q̃ ſe litiga, que pagan los Herederos de Don Melchor del Alcaçar: y entonces el embargo no ſe hizo, porque declarò D. Pedro del Alcaçar que no pagaua aquel tributo: y deſpues por Mayo del miſmo año de 42. ſe pidio ſe embargaſſe el dicho tributo por bienes de el dicho Chriſtoual Marchan, y por Agoſto ſe embargô. Y eſto es en ſuma lo que conſta y parece por el pleyto del Hoſpital.

Por el otro pleyto de D. Yſabel Maria de Heredia parece y conſta en vna eſcritura de venta, que ſe otorgò por vn Executor del Conſejo de la Meſta, que por vna deuda que debia el dicho Chriſtoual Marchan,

chan, se procedio contra el y contra sus bienes, especialmente contra el dicho tributo, y se vendio y rematò en cierto precio en el Iurado Gaspar Diaz Cataño el año passado de 635. y por no auer pagado el precio el dicho Iurado, se despachò comision por Otubre de 38. y se procedio contra el, y se boluio a vender el dicho tributo en el dicho Don Rodrigo Barragan, de que se le otorgò escritura en forma, con relacion de la primera execucion y venta, su fecha en 24. de Setiembre de 640.

Despues por el año de 42. en Mayo, auiendo executado la dicha Doña Ysabel por su dote a los bienes de Don Rodrigo su marido, y sentenciado la causa de remate, se le adjudicò este tributo por sentencia de vista y reuista en pago de su dote: y auiendo executado a los Herederos de Don Melchor de la Alcaçar por ciertos corridos, apelaron de la execucion por dezir que no era parte, y opusieron el embargo del Hospital: y sin embargo por Autos de vista y reuista se confirmô el mandamiento de execucion.

Estando en este estado, el dicho Hospital ha salido pidiendo acumulacion deste pleyto al otro: y por auto de vista se declarò no auer lugar por aora: de que se ha suplicado, y està visto en reuista, y Doña Ysabel pretende, que no solo se ha de confirmar el auto, sino que se ha de quitar la calidad de por aora, y denegar la acumulacion absolutamente.

Por tres cabeças principales se puede y debe hazer la acumulacion: la vna, ratione exceptionis rei iudicatæ: la segunda, ratione litis pendentis: la tercera, ratione exceptionis ne causę continentię diuidatur, vt comprobat *Parladorus lib. 2. rerum quotidian. cap. 9. Marquesanus de commissionib. 2. tom. §. vnico de vnione, fol. mihi* 249.

Y ninguna de estas se puede ajustar a los terminos de este pleyto, sino es la segunda de la litispendencia, porque pretende el Hospital que antes y primero que se hiziesse la adjudicacion del tributo, estaua trabada la execucion en su pleyto.

Y esto no tiene fundamento, porque para que se haga la acumulacion por la razon de la *l. vbi cæptum, ff. de iudic.* es necessario que ambos pleytos pendan, y dure el litigio actualmente, porque entonces se debe hazer la acumulacion ne causæ continentiæ diuidatur, & ne detur sententiæ contrarię. Assi se entiende y procede la *l. 1. cum seqq. ff. de qq. rebus apud eundem iud. eat. & notat Parladorus vbi proximè num. 3.* Y de otra manera cessa el inconueniente y la razon de la acumulacion, pues no ay peligro de que se den sentencias contrarias a vn mismo tiempo. Y aqui procede esto sin duda, porque el pleyto que se siguio por el Consejo de la Mesta contra Christoual Marchan, se acabò por la sentencia de remate, y la venta del tributo, y el entrego al comprador, que fue Gaspar Diaz Cataño: y despues se siguio con el

otro

otro pleytō sobre el precio, y por no auerlo pagado, se le quitò el tributo, y se boluio a vender por bienes de Marchan, y lo comprò Dō Rodrigo Barragan, y se le dio la possessión de el, y Doña Ysabel de Heredia siguio pleyto con su marido por su dote, y se le adjudicò el tributo en pago, como bienes proprios de su marido. Demanera q̃ oy no se sigue pleyto contra ninguno delos deudores del Hospital, ni Doña Ysabel es acreedora dellos, sino de su marido: y contra quiē lo sigue es contra los deudores del tributo por los corridos que le deben, y vsa de su possession executando. Y asi siendo este pleyto acabado contra el deudor comun, no se puede acumular a otro ninguno, porque la acumulacion se ha de hazer de pleytos pendientes actualmente: y esta es practica y estilo que observa la Audiencia sin ninguna duda.

Cæterùm, el motiuo que tiene el Hospital para pedir la acumulacion, es por dezir que estaua pendiente su execucion desde el año de 33. Y esto es incierto, porque como se assentò en el hecho, entonces no se hizo mas que trabar la execucion de nombramiento, y no se citò a Christoual Marchan, ni se contestò el juyzio: y esto cōsta delos autos. De que resulta, que no se puede dezir que pendia el pleyto, porque no ay litispendencia sino desde la contestacion, *cap. ex parte vestra el 2. de V. S.* & ex pluribus comprobat *Scacia de iudicijs, lib. 2 cap. 2 num. 44. Surdus decis. 5 num. 3. & consil. 134. num. 5. tom. 1.* donde dize que litisconteſtacion *est lapis angularis, fundamentum & initium iudicij.* latè *Parladorus lib. 2. rer. quotid. cap. 14.*

Y aunque en las vias executiuas no ay instancia ni contestacion, esto se entiende real y verdadera, pero la ay ficta, y se tiene por tal la oposicion despues de la citacion, vt ex pluribus comprobat *Salgado de Regia protect. tom. 2. 4. part. cap. 3. n. 54. Parlad. lib. 1. rer. quotid. cap. 1. §. 13. num. 19.* Y asi la execucion sola ni induze litispendencia, ni interrūpe la prescripcion, ni obra nada. Y desta manera lo entiende y pratica la Audiencia: pues para hazer semejantes acumulaciones, nunca se atiende a la execucion, sino a la citacion. Y desto tābien resulta el poco fundamento q̃ tiene el dezir q̃ por aquella execion estaua este tributo litigioso: porque aūque huuiera auido citacion y embargo anterior al pleyto de la Mesta, que no es sino posterior a las ventas, como se ha assentado, no podia afectarlo el vicio del litigio, porque este no se induze, sino quando se litiga en via ordinaria sobre el dominio de alguna cosa, y durante el litigio se enagena; pero quando se procede por via executiua, en virtud de la accion personal del instrumento por alguna cantidad, ay dos opiniones, vna que dize: que si pendiente el pleyto executiuo, y aviendo sentencia de remate por defraudar la execucion de ella el deudor enagenò sus bienes, taliter que se presuma auer sido enagenacion dolosa y fraudulenta,

tunc

tunc se puede executar la sentencia contra el tercero posseedor, etiam non citato. La otra opinion es quando no ay presumpcion de fraude, y el tercero està posseyendo con justo titulo, tunc minimè se puede executar contra èl la sentencia, aunque aya adquirido la possession pendiente el pleyto, y es necessario q̃ sea conuenido en via ordinaria, en que se rescinda o declare por nulo su titulo: ita in specie resoluit latissimè *Salgado, quem pro multis allegare sufficit, de Regia protectione, tom. 2. cap. 8. parte 4. ex num. 173. vsque 182. Surdus decis. 172. per totã & consil. 533. num. 4. & 5. tomo 4.*

Y esta doctrina es muy en fauor de Doña Ysabel, porque aqui no huuo litispendencia, como se ha dicho: y aunque la huuiera, no hizo la enagenacion el deudor executado, ni ay sospecha ni presumpcion de fraude, porque la hizo vn executor del Cõsejo de la Mesta, por deuda que se debia a su Magestad. Y este no es caso disputable, y assi por este fundamẽto del vicio del litigio ni se puede hazer acumulacion, ni aun en via ordinaria tiene derecho el Hospital para reuocar la venta.

Ni menos lo tiene por dezir, q̃ es acreedor anterior, porque hasta aora no consta q̃ sea su derecho mas antiguo que el de la Mesta; y aunq̃ constara este tributo no està hypotecado especialmẽte, como era necessario, con pacto de no enagenar, y clausula irritante, pues de otra manera no passa la via executiva cõtra el tercero posseedor, vt notatur ex .l. si *creditor, §. fin. ff. de contr ahenda emp.*

Y lo que mas es, que aunque saliera el Hospital al pleyto que sigue Doña Isabel, a impedirle su cobrãça, como tercero, con instrumẽto anterior, adhuc no le pudiera impedir ni embaraçar, porque aunque regularmente el tercero acreedor impide siendo de mejor derecho, esto procede quando el posterior està actualmente litigando con el deudor comun, y antes de auersele dado la possession, vt aduertit *Salgado, dict. cap. 8. 4. p. tom. 2. n. 65.* pero quãdo ya estan vendidos los bienes, y entregada la possession, no puede impedir ni retardar, porque no puede despojar al otro, sino es intentata *actione reali, vel personali*, con preuio y pleno conocimiento de causa, ipse *Salgado dict. c. 8. num. 84. tradit Gregor Lopez in l. 11. tit. 14. p. 5. gloss. 1. Parlador. lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 5. p. §. 10. num. 24.* Y assi, si como tercero el Hospital no pudiera impedir la cobrança a Doña Isabel, mucho menos podrá embaraçarsela con la acumulacion, ni puede intentar reuocatoria, porque no se puede proceder cõtra el tercer posseedor por la hypotecaria, sino es abiendose hecho execucion; y los deudores tienen otros muchos bienes, porque el tributo es de 9U. ducados de principal, y Doña Isabel solo possee 5U. y ay el oficio de Iurado de Gaspar Diaz Cataño, y otros muchos bienes; y en efeto no ay cosa que justifique la acomulacion pedida, pues no ay anterioridad, ni vicio de litigio, ni hypoteca, ni justicia en la causa principal; y assi esperamos se confirme el Auto de vista, salvo, &c.

D. Lorenço del Castillo y Gallegos.